Das Tragen der Gefahr durch den Schuldner und ihr Übergang auf den Gläubiger.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

vorgelegt von

Kurt Scheye,
Referendar.

Breslau 1910.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Prof. Dr. Schott.
Korreferent: Prof. Dr. Leonhard.

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0112

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. **Einleitung**: Die Begriffe „Gefahr" und „Gefahrtragung" und die Tragung der Gefahr bei einseitigen Schuldverhältnissen 9

§ 2. Geschichtliche Entwicklung 11

I. Was bedeutet es bei gegenseitigen Verträgen, daß der Schuldner die Gefahr trägt?

§ 3. a) Wie lange trägt der Schuldner die Gefahr? . . . 13

b) Die Bedeutung der Gefahrtragung.

aa) Bei Speziesschulden.

§ 4. 1. Im allgemeinen 14

§ 5. 2. Bei Alternativobligationen 22

§ 6. bb) Bei Gattungsschulden 24

II. Welche Bedeutung hat der Gefahrübergang auf den Gläubiger?

§ 7. a) Zeitpunkt des Gefahrüberganges 27

b) Bedeutung des Gefahrüberganges.

A. Für den Inhalt des Schuldverhältnisses.

aa) Bei Speziesschulden.

§ 8. 1. Im allgemeinen 29

§ 9. 2. Bei Alternativobligationen 31

§ 10. bb) Bei Gattungsschulden 32

§ 11. B. Für das Objekt der schuldnerischen Leistungspflicht 36

§ 12. **Schluß**: Die rechtspolitische Tendenz der Regelung der Gefahrtragung im Bürgerlichen Gesetzbuch 36

Literatur-Verzeichnis.

Berndorff, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1889.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts II. Tübingen-Leipzig 1902.

Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation, Breslau 1901.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht II (1 und 2). Halle 1905/6.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Berlin 1905.

Engelmann, Das bürgerliche Recht. Berlin 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Marburg 1908.

Fischer, Hans Albrecht, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden in Iherings Jahrbüchern, Bd. 51.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1908.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch I. Berlin 1903.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

— Der Zivilgesetzentwurf usw. Archiv für ziv. Praxis, Bd. 73.

Heiliger, Die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen nach gemeinem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Dissertation, Erlangen 1899.

Hofmann, Periculum beim Kauf. Wien 1870.

Ihering, Culpa in contrahendo in seinen Jahrbüchern, Bd. 4.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.

— Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 44.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

— Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Berlin 1906.

— Der Gläubigerverzug, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 13.

— Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 17.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle 1904.

Krüger-Mommsen, Das Corpus iuris civilis. 1882.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I. Berlin 1904.

Leonhard, Fr., Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907.

Leonhard, Rud., Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und seine Beurteilung. Marburg 1891.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. 1900.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht I. München 1904.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches I. Berlin 1903.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch II. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. Innsbruck 1885.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, II. Berlin 1903.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43.

Rümelin, Gust., Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handels-Gesetzbuch. Berlin 1906.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1908.

Stern, Die Gefahrtragung. Marburg 1910. (Preisarbeit.)

Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

— Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Kritische Vierteljahrsschrift, 45.

Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches in zweiter Lesung (§ 232 und 235). Archiv für ziv. Praxis, Bd. 85.

Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv für ziv. Praxis, Bd. 15.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd. Frankfurt 1906.

Einleitung.

§ 1.

Der Ausdruck „Gefahr“ wird in verschiedener Bedeutung angewandt. Schon die Quellen des römischen Rechts gebrauchen periculum in mehrfachem Sinne; sie sprechen von einem periculum culpae,[1]) negligentiae,[2]) custodiae[3]) und casus. Dies beweist, daß das periculum der römischen Quellen dem durch Verschulden der beteiligten Personen herbeigeführten Schaden nicht gegensätzlich gegenüberstand. Auch im Sprachgebrauch unseres Bürgerlichen Gesetzbuches ist der Begriff nicht feststehend. Das Gesetz verwendet ihn bald für verschuldete,[4]) bald für unverschuldete Gefährdungen. Auf dem Gebiete des Obligationsrechts jedoch ist das Wort „Gefahr“ von der Jurisprudenz zu einem technischen Begriffe ausgebildet worden. Man bezeichnet damit den durch zufällige Umstände herbeigeführten Verlust. Als zufällig sind dabei alle Ereignisse anzusehen, die ohne Verschulden desjenigen eintreten, dessen Vermögen durch sie betroffen wird. Gefahr ist also die rechtliche Verknüpfung der Nachteile eines Zufalls mit einem bestimmten Vermögen.[5])

Geht durch ein derartiges zufälliges Ereignis ein Gegenstand unter, der nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, so kann sie nur allein die Gefahr treffen.

---

[1]) l. 39 § 12 D de administratione et de periculo 26, 7.
[2]) § 14 l. c., 1, 40 l. c.
[3]) 1, 40 D locati conducti 19, 2.
[4]) §§ 6, 1666, 1667.
[5]) Vgl. Staudinger II, 1 S. 194; Hoffmann, S. 3.

Die Frage, wer trägt die Gefahr, gewinnt erst dann an Bedeutung, wenn zwei oder mehrere Personen zueinander in bezug auf eine bestimmte Sache oder Leistung in ein obligatorisches Rechtsverhältnis treten.

Bei einseitigen Schuldverhältnissen trägt die Gefahr der Gläubiger, wenn er seinen Anspruch ohne Ersatz verliert (§§ 275, 300 Abs. 2, 379 B.G.B.), der Schuldner, wenn er für den untergegangenen Vermögenswert Ersatz leisten muß[1]) (§§ 270, 588 B.G.B.)

Es gibt auch Schriftsteller,[2]) welche bei einseitigen Obligationen von einer Gefahrtragung durch den Gläubiger nicht sprechen wollen, da ja auf seiner Seite ein eigentlicher Vermögensverlust nicht vorliegt. Man wird dies jedoch, wie Stern[3]) richtig ausführt, des Gegensatzes halber wohl tun können, um auszudrücken, daß der Schuldner die Gefahr nicht trägt. Der Gläubiger erleidet ja einen Verlust, er büßt seine Forderung ein und darin besteht eben seine Gefahrtragung.

Nicht so einfach gestaltet sich die Frage nach der Bedeutung der Gefahrtragung bei den beiderseits verpflichtenden Verträgen (contractus bilaterales aequales, synallagmatische), die nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches „gegenseitige Verträge“ genannt werden. Aus ihnen entspringt ein Forderungsrecht zugunsten beider Parteien. Jeder Vertragsteil ist zugleich Gläubiger und Schuldner, und der Leistung der einen tritt eine Gegenleistung der anderen Partei gegenüber. Wird bei einem solchen gegenseitigen Vertrage die dem einen obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder der Schuldner noch der Gläubiger zu vertreten hat, so erheben sich sofort die Fragen: Wer soll diese Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit tragen; was bedeutet es, wenn sie der Schuldner trägt, was heißt es, wenn sie auf den Gläubiger übergeht? Über

---

[1]) Vergl. Kisch, S. 44.

[2]) Franz Leonhard, S. 48/49.

[3]) Stern, S. 25/26.

diese Fragen herrschen in der Literatur zum Teil unklare und unrichtige Ansichten, wie überhaupt die Lehre von der Bedeutung der Gefahr noch mangelhaft ausgebildet ist. Die folgende Arbeit will nun versuchen, zu der Frage der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen Stellung zu nehmen. Im ersten Teil der Darstellung wird das Tragen der Gefahr durch den Schuldner und in einem zweiten Abschnitt der Übergang derselben auf den Gläubiger behandelt werden. Zum Vergleich mit dem früheren Rechtszustande wird ein kurzer Überblick über die geschichtliche Entwickelung vorausgeschickt werden. Die hierbei erkannten Abweichungen werden mit Rücksicht auf die ihnen zugrunde liegende gesetzgeberische Tendenz und rechtspolitische Bedeutung am Schlusse der Arbeit gewürdigt werden.

§ 2.
Geschichtliche Entwicklung.

Im römischen Recht war die Lehre von der Gefahrtragung nicht einheitlich geregelt. Die Quellen geben uns über die wichtigsten Fragen keinen sicheren Aufschluß, und so sind wir nur auf die späteren Erklärungsversuche angewiesen, die sich zum Teil sehr widersprechen. So hat man z. B. behauptet, daß die alten Gesetze nur dann von einer Gefahrtragung sprachen, wenn im Falle zufälligen Untergangs eine Partei nichts mehr zu fordern hat, aber doch ihre Gegenleistung entrichten muß. Auf diese Weise hatte der Schuldner überhaupt keine Gefahr zu tragen. Denn auch im römischen Recht galt der Grundsatz: Wird eine Leistung durch Zufall unmöglich, so wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei (impossibilium nulla obligatio est)[1]) und derjenige, welcher durch Zufall Schaden erleidet, kann in der Regel keinen Ersatz verlangen (casus a nullo praestantur).[2]) Wird seine Leistung durch Zufall unmöglich, so wird er von seiner Verbindlichkeit befreit;

[1]) l. 185 D de diversis regulis iuris antiqui 50, 17.
[2]) l. 23, l. c.

der Gläubiger muß aber seine Gegenleistung dennoch ungeschmälert entrichten; denn auf ihn finden ja die beiden angeführten Grundsätze keine Anwendung.[1]) Diese Ansicht finden wir zwar bei einem der wichtigsten gegenseitigen Verträge, beim Kaufe, bestätigt. Hier galt der Grundsatz: perfecta emtione periculum ad emtorem respicit, d. h. die Gefahr geht in dem Augenblick des Vertragsschlusses auf den Käufer über. In diesem Falle trägt also der Gläubiger die Gefahr und von einer Gefahrtragung durch den Schuldner kann keine Rede sein. Diese Lehre läßt sich jedoch nicht halten, wie wir aus einer Gegenüberstellung des Kaufvertrages mit der Miete ersehen können, wo das entgegengesetzte Prinzip galt: locatoris est periculum,[2]) d. h. mit Abschluß des Vertrages trägt der Vermieter, der Schuldner, die Gefahr: Der Vermieter verliert seinen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses, wenn eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung ihn an der ganzen oder teilweisen Erfüllung des Vertrages hindert. Meines Erachtens läßt sich im römischen Recht eine für alle Fälle der gegenseitigen Verträge passende Norm der Gefahrtragung nicht feststellen.[3]) Diese Tatsache suchen einige Schriftsteller[4]) darauf zurückzuführen, daß die Römer die besondere Natur des synallagmatischen Vertrages noch nicht erkannten, diesen vielmehr in zwei einseitige Stipulationen zerlegten.

Nach deutschem Recht hatte der Schuldner bei gegenseitigen Verträgen die Gefahr bis zur Erfüllung zu tragen. Das deutsche Recht schien einerseits von dem Gesichtspunkt auszugehen, daß, wenn auch der Vertrag abgeschlossen ist, er noch immer widerruflich sei und daß er erst mit der Befriedigung des Gläubigers absolut bindend wirke. Da andererseits das Eigentum auf den Gläubiger noch nicht übergegangen war und die Sache sich noch im

---

[1]) Wächter, a. a. O. Bd. 15, S. 99 ff.

[2]) l. 19 § 6 D locati conducti 19, 2.

[3]) Ebenso Mommsen, S. 352; Windscheid, S. 332; a. M. Puntschart, S. 48.

[4]) Kuhlenbeck II, S. 74, 75.

Besitz des Schuldners befand, hielt man es auch für billig, daß der Schuldner die Gefahr bis zur Erfüllung trage.[1]) Diese Rechtsanschauung hat sich dann weiter in dem deutschen Volke fortgepflanzt und lebt noch heute in ihm fort. Dem germanischen Prinzip ist von den großen deutschen Gesetzbüchern das Allgemeine Landrecht[2]) gefolgt, während z. B. das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 wenigstens bei den auf Veräußerung gerichteten Verträgen die Gefahr mit Abschluß des Vertrags auf den Gläubiger übergehen ließ, so daß der Schuldner von der zufälligen Unmöglichkeit überhaupt nicht berührt wurde. Der Entwurf zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuch schließt sich dem preußischen Recht an mit folgender Begründung: „Es entspricht nicht der Natur des gegenseitigen Vertrages, daß ungeachtet des durch Zufall herbeigeführten Wegfalls der Verbindlichkeit des einen Teils die Verbindlichkeit des anderen Teils fortbestehe.“[3])

I. Die Bedeutung der Gefahrtragung durch den Schuldner.

§ 3.

a) Wie lange trägt der Schuldner die Gefahr?

Im allgemeinen trägt der Schuldner nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Gefahr bis zur Erfüllung des Vertrages. Wie wir weiter unten sehen werden, geht die Gefahr bei allen gegenseitigen Verträgen schon vorher auf den Gläubiger über, wenn dieser sich in Annahmeverzug befindet (§ 324 Abs. 2), oder wenn die Sache für ihn im Falle des § 372 hinterlegt wird (§ 379 Abs. 2). Abgesehen von diesen beiden Fällen ist die Gefahr schon vor der Erfüllung des Vertrages vom Gläubiger zu tragen beim Versendungskauf, beim Erbschaftskauf und beim Kauf eines Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung. Für den

[1]) Vergl. Stobbe, S. 279.
[2]) A.L.R. § 364 ff., I, 5.
[3]) Denkschrift, S. 74.

Versendungskauf bestimmt § 447 B.G.B.: Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Durch den § 447 wird § 323 in wichtiger Beziehung abgeändert, da der Verkäufer mit der Absendung die ihm obliegende Leistung — Übertragung von Besitz und Eigentum — noch nicht bewirkt hat. Beim Erbschaftskauf geht die Gefahr nach § 2380 B.G.B. sogar schon mit dem Abschluß des Vertrages auf den Gläubiger über. Diese Ausnahme rechtfertigt sich aus inneren Gründen. Gegenstand des Erbschaftskaufes bildet nach § 2371 die dem Erben angefallene Erbschaft. Der Käufer rückt zwar nicht wie beim Allgemeinen Landrecht[1]) unmittelbar in die Stellung als Erbe ein, sondern er kauft nur die einzelnen Nachlaßgegenstände in ihrer Gesamtheit. Er soll aber in dieselbe Lage kommen, wie wenn er anstatt des Verkäufers Erbe geworden wäre.[2]) Die Grundsätze der Gefahrtragung beim Kauf eines Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung werden durch § 56 Satz 1 Z.V.G. geregelt. Danach findet der Gefahrübergang bezüglich des Grundstücks mit dem Zuschlag, wegen der übrigen Gegenstände mit dem Schlusse der Versteigerung statt.

b) Die Bedeutung der Gefahrtragung.

aa) Bei Speziesschulden.

§ 4.

1. Im allgemeinen.

§ 323 B.G.B., der von der Gefahrtragung bei Speziesschulden spricht, hatte im ersten Entwurf (§ 368) ursprünglich die Fassung: Bei einem gegenseitigen Vertrage trägt der Schuldner bis zur Bewirkung der ihm obliegenden

[1]) A.L.R. I, 11 § 474.
[2]) Mot. II, S. 360.

Leistung die Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit. Dieser Satz bringt nur einen allgemeinen juristischen Gesichtspunkt, nicht aber die konkrete Rechtsfolge zum Ausdruck. Will er sagen, daß der Schuldner wegen der Nichterfüllung Wert- oder Schadensersatz zu leisten hat oder will er dem Schuldner unter Befreiung von der Leistungspflicht die Gegenleistung absprechen?[1]) Diese Unbestimmtheit hat man an dieser Stelle einigermaßen beseitigt, indem man dem § 323 die Fassung gab: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung." Hat aber der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so wird er nach § 275 von der Verpflichtung zur Leistung frei, d. h. er braucht an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung keine andere Leistung zu entrichten. Die Gefahrtragung durch den Schuldner besteht demnach darin, daß er das Recht auf die Gegenleistung verliert, wenn durch Zufall die Leistung unmöglich wird. Das meint auch tatsächlich das Gesetz bei allen Speziesschulden, falls die Sache vor der Bewirkung untergeht. Andererseits kann aber der Ausdruck „der Schuldner trägt die Gefahr" auch bedeuten: Der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit noch nicht frei, selbst wenn kasuelle Schadenstatsachen eintreten, so beim Pachtvertrage unter Übernahme des Inventars zum Schätzungswert. Nach § 588 trägt der Pächter, obwohl nicht Eigentümer, die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung, indem er bei Rückgabe des Inventars den Schätzungswert event. auf seine volle Höhe aus eigenen Mitteln ergänzen muß.[2])

Mehr erfahren wir über die Bedeutung der Gefahrtragung aus dem Gesetze nicht, abgesehen von einigen Sonderbestimmungen bei den einzelnen Verträgen.[3]) § 323

[1]) Bernhöft, S. 45.

[2]) Vergl. Fischer, Bd. 51, S. 231 f.

[3]) Z. B. §§ 446, 552, 588, 616, 644.

weist nur noch darauf hin, daß der Gläubiger das stellvertretende commodum verlangen und die bereits bewirkte Gegenleistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern kann. Dieser Satz erweckt den Anschein, als ob im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung jedes Schuldverhältnis zwischen den Parteien behoben würde. Denn bestände der Vertrag weiter, so wäre ein Kondiktionsanspruch ausgeschlossen. Wir werden daher zu untersuchen haben, ob der Vertrag bei der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung aufgelöst wird und wenn dies nicht der Fall sein sollte, welcher Art der aus dem bestehen gebliebenen Vertrage herrührende Anspruch ist. In der Literatur wird zum größten Teil die Ansicht vertreten, daß das Schuldverhältnis im Falle der Unmöglichkeit der Leistung zusammenfällt, weil es keinen Inhalt mehr hat. Die Anhänger dieser Meinung fassen die Befreiung von der Leistungspflicht in dem Sinne auf, daß sie die Aufhebung des Vertragsverhältnisses zur Folge hat.[1]) Ich möchte mich jedoch aus mehreren Gründen dieser Ansicht nicht anschliessen, sondern vielmehr behaupten, daß die ursprünglichen Ansprüche aus dem Schuldverhältnisse zwar erlöschen, daß das Schuldverhältnis selbst aber weiter bestehen bleibt.[2]) Diese Unterscheidung ist für unsere Frage von großer Bedeutung. Würde die Unmöglichkeit der Leistung die Aufhebung des Schuldverhältnisses zur Folge haben, so würde zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis überhaupt nicht mehr bestehen. Der Schuldner wäre auf diese Weise auch gar nicht verpflichtet, dem Gläubiger Anzeige von dem Eintritt der Unmöglichkeit zu machen. Der Gläubiger könnte sich nicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen; denn in dem Augenblick, in

[1]) Crome II, S. 177; Dernburg II, 1, S. 237; Enneccerus I, S. 676; Endemann I, S. 697; Rehbein II, S. 183, 184; Schollmeyer, S. 196; Oertmann, S. 158; Cosack I, S. 350.

[2]) Vergl. Stammler, S. 215; ebenso Engelmann, S. 254; Planck II, S. 144; Goldmann-Lilienthal I, S. 336; Titze, S. 101.

dem der Vertrag erlischt, hört der andere Kontrahent auf Schuldner zu sein.[1]) Im Prozeß könnte die Nichtkenntnis von der Unmöglichkeit für den Gläubiger unangenehme Folgen haben. Stellt sich nämlich im Laufe der Verhandlung heraus, daß dem Schuldner die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, so ist die Klage abzuweisen und der Gläubiger hätte noch obendrein die Kosten zu zahlen. Besteht dagegen das Vertragsverhältnis weiter, so ist der Schuldner auch verpflichtet, dem Vertragsgegner diejenigen Umstände mitzuteilen, welche die Vertragserfüllung unmöglich erscheinen lassen. Tut er dies nicht, so kann er, falls in seinem Verhalten ein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden kann, nach § 276 schadensersatzpflichtig werden.[2]) Aus demselben Grunde muß auch der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung rechtzeitig im Prozeß geltend machen. Denn sonst setzt er sich trotz der unverschuldeten Unmöglichkeit der Gefahr der vollen Interessehaftung aus.[3]) Aber auch noch aus anderen Gründen möchte ich die Ansicht vertreten, daß das Vertragsverhältnis weiter besteht. Hat der Schuldner einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger nach § 281 Herausgabe des sogenannten stellvertretenden commodum verlangen. Wie will man nun diesen Anspruch des Gläubigers konstruieren, wenn man mit der Unmöglichkeit der Leistung das Schuldverhältnis erlöschen läßt? In wenig natürlicher Weise versuchen die Anhänger dieser Auffassung diesen Widerspruch zu erklären. Zur Folge des Surrogationsprinzipes bleibe der Herausgabeanspruch übrig.[4]) Das Schuldverhältnis sei nicht endgültig aufgehoben, sondern es werde hier ein Schwebezustand geschaffen, der so lange dauert, bis es sich herausstellt, ob der Schuldner ein commodum erhalten habe oder nicht.[5])

[1]) Ebenso Titze, S. 101.
[2]) Ebenso Planck, S. 144.
[3]) Ebenso Titze, S. 113, 114.
[4]) Crome II, S. 122.
[5]) Schollmeyer, S. 199; Oertmann, S. 158.

Der Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes oder des Ersatzanspruches stehe im allgemeinen unter denselben Regeln wie der ursprüngliche; ja er sei im Grunde der ursprüngliche und nur abgeändert in bezug auf den Leistungsgegenstand.[1]) Diese schwierigen Erklärungsversuche sind aber gar nicht nötig, wenn man aus der Regelung des Gesetzes die einfache Folgerung zieht, daß der Vertrag bestehen bleibt und der Gläubiger aus dem ursprünglichen Vertrage Herausgabe des stellvertretenden commodum verlangen kann.[2]) Und schließlich weist das Gesetz selbst darauf hin, daß das Schuldverhältnis nicht erlischt, wenn es sagt: Der andere Teil bleibt zur Gegenleistung verpflichtet. Diese Wendung setzt voraus, daß der Vertrag nicht untergegangen ist, sondern in dem Augenblicke wieder zur Geltung kommt, in welchem der Gläubiger Herausgabe des Ersatzes verlangt. Auch aus § 281 Abs. 1 ergibt sich, daß die Unmöglichkeit der Leistung nicht Erlöschen des Schuldverhältnisses, sondern nur eine Reduktion des Inhalts der Obligation bewirkt.[3])

Meiner Ansicht, daß das Schuldverhältnis bestehen bleibe, könnte man vielleicht den Einwand entgegenhalten: Der Vertrag werde nicht aufgelöst und trotzdem gibt das Gesetz in § 323 Abs. 3 dem Gläubiger einen Anspruch, für den die Vorschriften aus der ungerechtfertigten Bereicherung maßgebend sind. Das scheint ein Widerspruch zu sein. Denn entweder bleibt der Vertrag bestehen, dann ist die Kondiktion ausgeschlossen oder das Schuldverhältnis wird aufgelöst und in diesem Falle kann der Gläubiger das sine causa geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Meines Erachtens liegt hier jedoch keine eigentliche Bereicherungsklage vor, sondern der Gläubiger ist nur berechtigt, das indebite Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern. Dieser Anspruch ist also

[1]) Enneccerus, S. 676.
[2]) Ebenso Planck II, 1, S. 145.
[3]) Ebenso Titze, S. 115.

nur dem aus § 812 ff. nachgebildet, mit anderen Worten, wir haben es hier mit einer quasicondictio zu tun, die sehr wohl aus dem Vertrage geltend gemacht werden kann; denn würde der Gläubiger die Klage aus §§ 812 ff. haben, so wäre es unverständlich, aus welchem Grunde das Gesetz die Bestimmung in § 323 Abs. 3 besonders aufgenommen hätte; denn daß er auf Grund des § 812 ff. klagen könnte, wäre selbstverständlich.

Auf Grund dieser Vorschriften wird also der Gläubiger das bereits Geleistete zurückfordern können, aber freilich nur, wenn der Schuldner noch bereichert ist; ist dies nicht der Fall, so bekommt der Gläubiger nichts zurück. Der Schuldner braucht nicht an Stelle der ursprünglichen, jetzt unmöglichen Leistung eine andere zu bewirken.

Hat der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches nach § 281 erlangt, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet, und zwar erhöht sich dieselbe nicht, wenn das commodum wertvoller ist als der ursprüngliche Leistungsgegenstand. Sie mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 in so weit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruches hinter dem Werte der ursprünglich geschuldeten Leistung zurückbleibt.[1])

Hat der Schuldner, dem die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, dem Gläubiger eine arrha gegeben, so kann er sie vom Gläubiger zurückverlangen. Denn nach § 338 ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe nur für den Fall zu behalten, daß die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Geber zu vertreten hat. Der Schuldner wird also aus dem Vertrage auf Rückgabe der Draufgabe klagen können. Die Gefahrtragung bedeutet also nicht etwa, daß der Schuldner eine gegebene arrha verliert. Der Gläubiger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung einer ausbedungenen Vertragsstrafe, wenn die Leistung des Schuldners durch Zufall unmöglich

[1]) Ebenso Dernburg II, 1, S. 231.

wird. Denn diese ist nach § 332 erst verwirkt, falls der Schuldner in Verzug kommt, d. h. wenn er schuldhafter Weise nicht erfüllt.[1])

Mit der Verbindlichkeit des Schuldners erlöschen auch etwaige Nebenrechte, Pfandrechte, Bürgschaften usw. Die befreiende Wirkung tritt unmittelbar und ohne jede Willenserklärung ein.[2])

Welche Bedeutung hat nun die Gefahrtragung auf seiten des Schuldners, wenn die Leistung durch Zufall nur teilweise unmöglich geworden ist? Hat der Schuldner in diesem Falle den Anspruch auf die ganze Gegenleistung verloren, falls der Gläubiger die noch mögliche Leistung ablehnt oder behält er den Anspruch auf die Gegenleistung in Höhe der wirklich bewirkten Leistung? Das Gesetz bestimmt darüber: Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473. Hieraus geht hervor, daß der Vertrag bestehen bleibt und daß für die noch mögliche Leistung die entsprechenden Grundsätze maßgebend sind, welche bei dem Kaufvertrage für die Minderung des Preises wegen mangelhafter Beschaffenheit der Sache gelten. Der Schuldner trägt die Gefahr, bedeutet hier ebenfalls nur: Der Schuldner verliert den Anspruch auf die Gegenleistung für die unmöglich gewordene Teilleistung. Die Restleistung hat der Gläubiger entgegenzunehmen und zu vergüten, auch wenn sie für ihn ohne jeden Wert ist. Die Bestimmung des § 266, nach welcher Teilleistungen nicht angenommen zu werden brauchen, kommt hier nicht in Betracht. Objektiv muß die Leistung freilich einen Wert haben, denn sonst liegt völlige Unmöglichkeit vor und für diese Fälle werden die Grundsätze von der Gewährleistung nach §§ 459, 462, 537 Anwendung finden.[3]) Dagegen wird der Gläubiger eine Teilleistung nicht aus dem Grunde ablehnen dürfen, weil sie bei objektiver Teilbarkeit der Leistung für ihn subjektiv kein

[1]) Titze, S. 103.

[2]) Vergl. Kisch, S. 46.

[3]) Ebenso Dernburg II, S. 229; Rehbein II, S. 185, 186.

Interesse mehr hat. Dies folgt per argumentum e contrario aus § 325 Abs. 1, Satz 2, der nur gerade bei der vom Schuldner zu vertretenden Teilunmöglichkeit dem Gläubiger ein solches Ablehnungsrecht gibt.[1]) In diesem Falle ist also eher der Gläubiger der Leidtragende und der Ausdruck „der Schuldner trägt die Gefahr" ist nicht recht am Platze. In einigen Verträgen hat man die Härten durch abweichende Sondervorschriften zu mildern gesucht, indem man dem Gläubiger das Recht gibt, unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrage loszukommen (§§ 542, 626, 636). Aus sozialpolitischen Gründen läßt das Gesetz den Schuldner beim Dienstvertrage im Falle zeitweiser Verhinderung gar keine Gefahr tragen. Im Sinne des § 323 ist zeitweise Verhinderung als teilweise Unmöglichkeit aufzufassen, welche an und für sich dem Gläubiger das Recht verhältnismäßiger Minderung der Gegenleistung gewährt. Nach § 616 geht der Dienstpflichtige jedoch des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.[2])

Der Anspruch auf die Gegenleistung mindert sich ipso iure infolge der teilweisen Unmöglichkeit; es ist nicht wie bei der Minderungsbefugnis aus § 465 das Einverständnis des Gläubigers erforderlich. Das Minderungsrecht ist kein Anspruch im Sinne des § 194; es unterliegt also nicht der Verjährung.[3])

Im Prozeß braucht der Gläubiger nur zu beweisen, daß dem Schuldner die Leistung teilweise unmöglich geworden ist, er hat damit gleichzeitig dargetan, daß sich seine Gegenleistung gemindert hat.

Wir sind also zu dem Ergebnis gekommen, daß bei Speziesschulden unter der Gefahrtragung durch den Schuldner zu verstehen ist: Der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit befreit, verliert

[1]) Oertmann, S. 159; Cosack, S. 352.
[2]) Dernburg, S. 444.
[3]) Mot. II, S. 207/8.

aber den Anspruch auf die Gegenleistung. Aber er wird nicht aller seiner Verpflichtungen ledig, sondern auf Grund des bestehen gebliebenen Vertrages hat er dem Gläubiger von der zufälligen Unmöglichkeit und Verschlechterung Anzeige zu machen.[1])

§ 5.

2. Bei Alternativobligationen.

Bei Alternativobligationen läßt sich die Frage nach der Bedeutung der Gefahrtragung nicht einheitlich entscheiden. Eine Alternativobligation liegt nach § 262 B.G.B. dann vor, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Man wird hierbei zu prüfen haben, ob die Parteien durch besondere Abrede auf die Wahlmöglichkeit entscheidendes Gewicht legten oder nicht. Im ersteren Falle würde mit der Unmöglichkeit der einen Leistung das ganze Schuldverhältnis zusammenfallen, d. h. es würden die oben entwickelten Grundsätze von der Gefahrtragung bei Speziesschulden Anwendung finden.[2]) Kommt es dagegen auf den alternativen Leistungsinhalt nicht an und wird in einem solchen Falle die eine Leistung durch Zufall unmöglich, so wird der Schuldner nicht von der Verbindlichkeit frei, sondern er hat die noch mögliche Leistung zu bewirken. Diese Folge tritt ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Wahlbefugnis dem Gläubiger oder Schuldner zustand, aber natürlich nur dann, wenn der eine der wahlweise geschuldeten Gegenstände vor der Ausübung des Wahlrechts untergeht. Der wahlberechtigte Gläubiger kann nicht verlangen, da ja der Schuldner die Gefahr zu tragen

[1]) Eine Konsequenz dieser Regelung stellt für den Werkvertrag § 644 dar, der bestimmt, der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Dieser Satz ist nur in der Weise aufzufassen, daß der Unternehmer keinen Lohn erhält, auch keine Vergütung für seine Auslagen, aber keineswegs in dem Sinne zu verstehen, daß er bezüglich seiner Leistung auf Schadensersatz haftet. (Vergl. Fr. Leonhard, S. 49; Rümelin, S. 131.)

[2]) Kisch, S. 225.

habe, daß statt der unmöglich gewordenen Leistung selbst deren Geldwert gezahlt werde; ebensowenig hat er ein Recht vom Vertrage zurückzutreten, weil für ihn mit Fortfall des alternativen Forderungsrechtes das einfache Schuldverhältnis kein Interesse mehr hat. Hat der Schuldner für die unmöglich gewordene Leistung einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so dauert die Wahlbefugnis nicht etwa zwischen der möglich gebliebenen Leistung und dem Ersatz fort, sondern das Schuldverhältnis bleibt auf die erstere beschränkt.[1])

In welcher Weise äußert sich nun die Gefahrtragung, wenn bei einer Wahlschuld eine Leistung nur teilweise unmöglich wird? Diese Frage wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt. Es wird daher zu untersuchen sein, ob sich das Schuldverhältnis auf die vollständige noch mögliche Leistung beschränkt oder ob man es hier weiter mit einer Alternativobligation zu tun hat. Im letzteren Falle würde das Wahlrecht fortdauern und der Schuldner könnte die teilweise unmögliche Leistung wählen, für welche dann die Gegenleistung sich nach Maßgabe des § 323 Abs. 1, Satz 2 mindern würde. Diese Auffassung kann zu sonderbaren Konsequenzen führen und entspricht auch sicher nicht dem Wesen der Alternativobligation. Denn bliebe nur die Leistung zu einem kleinen Teile übrig, und wählte der Schuldner jetzt diese, so würde sehr leicht die Bewirkung dieser für den Gläubiger fast ganz wertlosen Restleistung einem Loskommen vom Vertrage gleichbedeutend sein, mit anderen Worten, hier trüge der Gläubiger fast die ganze Gefahr des Vertragsverhältnisses, während bei völliger Unmöglichkeit diese den Schuldner träfe. Der Zweifel läßt sich auch nicht in der Weise beseitigen, daß man in jedem Einzelfalle prüft, ob im Sinne der Wahlrechtsverpflichtung gemäß den Parteiabsichten der noch mögliche Teil der alternativen, von der teilweisen Unmöglichkeit betroffenen Leistung überhaupt noch für die Wahl in

[1]) So Kisch, S. 226.

Betracht kommt oder ob nicht vielmehr eine Wahl dieses Teils als vollständig ausgeschlossen erscheint.[1]) Bei diesen Auslegungen kann stets der Fall eintreten, daß der Gläubiger aus einer Alternativobligation mit einer Teilleistung zufrieden sein muß, obwohl die übrigen der wahlweise geschuldeten Leistungen sämtlich noch möglich sind. Mit Rücksicht auf diese unbilligen Folgen muß meines Erachtens im Sinne des § 265 als unmöglich, d. h. hier als nicht wählbar, jede Leistung angesehen werden, die nicht so, wie sie zu leisten ist, bewirkt werden kann. Die unvollständig bewirkbare Leistung steht daher der vollständig unbewirkbaren gleich. Infolgedessen muß die in § 265 ausgesprochene Beschränkung des Schuldverhältnisses auch dann eintreten, wenn eine der geschuldeten Leistungen nur teilweise unmöglich geworden ist,[2]) d. h. für die Gefahrtragung gelten in diesem Falle dieselben Grundsätze wie bei vollständiger Unmöglichkeit der einen Leistung. Werden sämtliche Leistungen durch Zufall unmöglich, so erlöschen damit nach § 323 die beiderseitigen Ansprüche, während das Wahlrecht bestehen bleibt. Dies wird dann von Bedeutung sein, wenn der Schuldner einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt hat oder wenn eine der Leistungen nur teilweise unmöglich geworden ist. In diesem Falle kann z. B. der Schuldner, falls er die Wahlbefugnis hat, die teilweise unmögliche Leistung wählen, um sich auf diese Weise den Anspruch auf einen Teil der Gegenleistung zu sichern. Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so kann er die Entscheidung darüber treffen, bezüglich welcher Leistung der Schuldner ein etwaiges stellvertretendes commodum herauszugeben hat.

§ 6.

bb) Bei Gattungsschulden.

Bei Gattungsschulden hat der Ausdruck „der Schuldner trägt die Gefahr", eine doppelte Bedeutung. Einmal will

[1]) Diese Ansicht vertritt Kleineidam, S. 104.

[2]) Ebenso Titze, S. 43; Staudinger II, 1, S. 78; a. M. Kisch, S. 227; Schollmeyer, S. 70; Kleineidam, S. 104.

er sagen, der Schuldner muß an Stelle des untergegangenen Teils der Gattung einen anderen beschaffen; andererseits ist er wieder in dem Sinne zu verstehen, der Schuldner braucht gar keine Leistung zu bewirken, hat aber seinerseits keinen Anspruch auf die Gegenleistung.[1]) Das Gesetz bestimmt über die Gefahrtragung bei Gattungsschulden in § 279: Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Diese Verschrift bringt also zweierlei zum Ausdruck. Einerseits haftet der Schuldner unbeschränkt, aber nur solange als die Leistung überhaupt noch möglich erscheint, anderenfalls wird er frei. Die strenge Haftung des § 279 stellt sich somit als eine Ausnahme von den gewöhnlichen Grundsätzen dar: Der Schuldner haftet schlechthin, sein Unvermögen kommt nicht in Geltung, soweit es sich auf den Inhalt der Leistung bezieht und dieser in Rücksicht auf die Eigenart der Gattungsschuld als erfüllbar erscheint.[2]) Es liegt also hier einer der Fälle vor, in denen die Rechtsordnung dem Einzelnen einen unverschuldeten Schaden zurechnet. Die verschiedenen Versuche, diese Sonderbestimmung mit den gewöhnlichen Grundsätzen in Einklang zu bringen, können an dieser Stelle nur kurz gestreift werden. Von einer Seite wird angenommen, die Unfähigkeit zur Erfüllung einer Gattungsverbindlichkeit beruhe stets auf einem Verschulden der Partei.[3]) Eine andere Auffassung sieht den eigentlichen Rechtsgrund unserer Vorschrift in einer Garantie des Schuldners für die Möglichkeit der Erfüllung. Nach einer dritten Anschauung soll, solange die Gattung noch besteht, ein wirkliches Unvermögen niemals eintreten können. Endlich geht eine vierte Theorie gleichfalls von der Vorstellung aus, daß überhaupt und besonders bei Gattungsschulden

[1]) Kisch, S. 60.
[2]) Endemann, S. 697.
[3]) Ihering in seinen Jahrbüchern IV, S. 39.

ein Unvermögen grundsätzlich nicht anzuerkennen sei.[1]) Alle diese Erklärungsversuche sind meines Erachtens nicht als zutreffend zu bezeichnen. Diese Ausnahme beruht vielmehr einfach auf der praktischen Erwägung, daß der Gläubiger einer Gattungsschuld im Interesse der Verkehrssicherheit mit Bestimmtheit auf die Erfüllung oder wenigstens einen gleichwertigen Ersatz rechnen kann.[2])

Einige Schriftsteller[3]) haben diese auffallende Tatsache, daß bei Gattungsverbindlichkeiten ein verschuldetes Unvermögen zur Erfüllung die leistungspflichtige Partei nicht befreien sollte, mit dem Hinweis auf den römischrechtlichen Satz genus perire non censetur zu erklären versucht. Dabei beschränken sie aber die Anwendung des § 279 auf solche Fälle, in denen der Grund des Unvermögens im Zusammenhang mit der Genusqualität der Leistung steht.[4]) Man wird den Schuldner aber auch dann von seiner Leistung befreien müssen, wenn sein Unvermögen durch andere z. B. persönliche Gründe verursacht wird, wie sich dies aus dem Grundgedanken des § 279 ergibt. Dies gilt dann, wenn ein Zufall seine zur Leistung erforderliche persönliche Mitwirkung unmöglich macht; so z. B. wenn er die zur Lieferung erforderlichen Maßregeln nicht ergreifen kann, weil er plötzlich krank geworden ist.[5]) Es würde als Unbilligkeit angesehen werden, wenn man den Schuldner, dem es nicht an den nötigen Gattungssachen fehlt, der aber aus anderen Gründen an der Leistung verhindert ist, für solche Zufälle haften lassen wollte, die ihn unter gleichen Umständen bei einer Speziesschuld befreien würden.[6]) Die hier vertretene Auffassung wird durch das bisherige Recht

[1]) Über diese Theorien vergl. Kisch, S. 110—112.

[2]) Kisch, S. 108.

[3]) Z. B. Dernburg II, 1 S. 34; Cosack, S. 355.

[4]) Kleineidam, S. 125.

[5]) Dernburg II, 1 S. 144; Enneccerus, S. 675; Staudinger, S. 126; Goldmann-Lilienthal, S. 335; a. M. Cosack, S. 356.

[6]) Ebenso Kisch, S. 117; Oertmann, S. 100, der früher die entgegengesetzte Ansicht vertrat.

und durch die geschichtliche Entwicklung unseres Gesetzes bestätigt.[1]) Danach kann der Schuldner auch bei einer Gattungsverbindlichkeit von seiner Verpflichtung befreit werden. Hier hat also die Gefahrtragung durch den Schuldner, obwohl eine Gattungsschuld vorliegt, ihre alte Bedeutung. Der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit auch dann befreit, wenn die Gattung außer Verkehr gesetzt ist, wenn sie infolge einer allgemeinen Verkehrsstockung nicht befördert werden kann und besonders natürlich, wenn die ganze geschuldete Art untergeht.

II. Die Bedeutung des Überganges der Gefahr auf den Gläubiger.

§ 7.

a) Zeitpunkt des Gefahrüberganges.

Nach Bürgerlichem Gesetzbuch ist nicht wie nach römischem Recht der Abschluß des Vertrages von irgendwelcher Bedeutung, sondern im allgemeinen nur die Erfüllung. Dieses Prinzip kommt bei fast allen gegenseitigen Verträgen zur Durchführung. Die Frage, aus welchen Gründen für die Regelung des Gefahrüberganges beim Kauf besondere Normen vorhanden sind und weshalb die allgemeinen Vorschriften des § 323 nicht in Geltung bleiben, kann hier nur kurz gestreift werden. Nach § 446 geht die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer mit der Übergabe der verkauften Sache über. Diese Ausnahme erhält noch eine Erweiterung durch die im Absatz 2 enthaltene Zusatzbestimmung für Grundstücke, wonach die Gefahr auch mit der vor der Übergabe erfolgenden Eintragung übergeht. Nach den Motiven[2]) soll hiermit nur das Prinzip des § 368 (heute 323), daß bei allen gegenseitigen Verträgen der

[1]) Vergl. darüber: Kisch, S. 117; Kleineidam, S. 125; Ubbelohde, S. 118—122.

[2]) Mot. II, S. 205.

Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen habe, für den Kaufvertrag nochmals besonders ausgesprochen werden. Danach würde unter Übergabe nur die Übergabe zu verstehen sein, durch die gleichzeitig das Eigentum verschafft wird. Die herrschende Meinung[1]) bezeichnet aber mit Übergabe nur Besitzübertragung und zwar die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, nicht aber die Eigentum verschaffende Übergabe.[2]) Würden die Grundsätze des § 323 Anwendung finden, nach denen der Schuldner die Gefahr bis zur Erfüllung trägt, so müßte er, um die Gefahr auf den Gläubiger übergehen zu lassen, nicht nur nach § 433 die Sache übergeben und Eigentum übertragen, sondern sie auch nach § 434 frei von Rechten Dritter dem Verkäufer verschaffen. Erst mit diesem Zeitpunkt hätte er vollständig erfüllt.[3]) Man wird daher auf Grund des Wortlauts sowie mit Rücksicht auf die eben gezogenen Folgerungen annehmen müssen, daß das Gesetz unter Übergabe nur die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes versteht.

Abgesehen von diesen Ausnahmen geht die Gefahr bei allen gegenseitigen Verträgen früher als mit der Erfüllung auf den Gläubiger über im Falle des Annahmeverzuges und der Hinterlegung im Falle des § 372. § 324 Abs. 2 bestimmt, daß der Gläubiger die Gefahr zu tragen habe, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist. Nach § 379 trägt der Gläubiger die Gefahr, solange die Sache hinterlegt ist. Dieser Gefahrübergang hängt mit dem beim Annahmeverzug sehr eng zusammen, der in den meisten Fällen der Hinterlegung zugrunde liegt.

Im Laufe der Darstellung werden wir noch einige Fälle kennen lernen, in denen die Gefahr vor der Erfüllung übergeht.

---

[1]) Dernburg II, 2, S. 30; Planck, S. 348; Cosack, S. 418.
[2]) Oertmann, S. 342, 343; Titze S. 257; Krahmer, S. 125.
[3]) Ebenso Stern, S. 61.

b) Bedeutung des Gefahrüberganges.

A. Für den Inhalt des Schuldverhältnisses.

aa) Bei Speziesschulden.

§ 8.

1. Im allgemeinen.

Unter Übergang der Gefahr versteht man, daß die Haftung des Schuldners aufhört und gleichzeitig die Verpflichtung des Gläubigers eintritt, für zufälligen Untergang des Leistungsgegenstandes die Gefahr zu tragen. Ist die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen, weil er sich im Annahmeverzuge befindet oder weil die Sache zu Recht für ihn hinterlegt worden ist, so bedeutet diese Gefahrtragung, daß der Gläubiger, wenn die Leistung des Schuldners durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird, die Gegenleistung zu entrichten hat. Es fragt sich nun, wann Annahmeverzug des Gläubigers vorliegt. Darüber bestimmt § 293: der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Mit dieser klaren Vorschrift ist der Streit des gemeinen Rechts darüber entschieden, ob zur Herbeiführung des Annahmeverzugs ein Verschulden des Gläubigers erforderlich ist oder nicht.[1]) Es genügt zum Annahmeverzug die einfache Tatsache, daß der Gläubiger die ihm ordnungsmäßig angebotene Leistung nicht angenommen hat. Während des Verzugs des Gläubigers hat der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300), auch wenn er vorher für jede Fahrlässigkeit (§ 276) und sogar für Zufall (§ 287) gehaftet hatte. Und zwar gilt dies nur in Ansehung eines dem Gläubiger zu gewährenden Gegenstandes, wie der erste Entwurf (§ 257 Abs. 1) wollte, sondern da diese Beschränkung im zweiten Entwurf und im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt, bezüglich aller Leistungen, Handlungen und Unterlassungen, zu denen er durch das

[1]) Vergl. bes. Kohler, Arch. Bd. 13, S. 150; ders. Iherings Jahrb., Bd. 17, S. 409; Mot. II, S. 68.

Schuldverhältnis verpflichtet ist, sofern der Verzug des Gläubigers auch hinsichtlich dieser Leistung eingetreten ist.[1])

Die erste Folgerung, die wir aus den Bestimmungen des Verzuges ziehen müssen, ist für die Tragung der Gefahr durch den Gläubiger von großer Bedeutung. Da der Schuldner für leichte Fahrlässigkeit nicht einzustehen hat, so wird er von seiner Verpflichtung auch frei, wenn die Leistung der Sache durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unmöglich wird. Wir sehen also: auf der Seite des Schuldners kann leichtes Verschulden obwalten, der Gläubiger dagegen ist von jedem Verschulden frei und trotzdem hat er die Gefahr zu tragen.

Es ist daher nicht richtig zu sagen, der Schuldner wird bei zufälliger Unmöglichkeit von seiner Leistung befreit, sondern um die Rechtslage genauer zu bezeichnen, muß man den Ausdruck: „der Gläubiger trägt die Gefahr“ dahin erklären, der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit frei, wenn die Leistung durch einen Umstand unmöglich wird, den er nach dem Gesetz nicht zu vertreten hat, er behält aber den Anspruch auf die Gegenleistung.

Der Gläubiger wird aber die Gefahr nicht zu tragen haben, wenn die Annahmeunmöglichkeit zugleich mit einer objektiven Leistungsunmöglichkeit verbunden ist; denn in diesem Falle liegt gar kein Annahmeverzug vor. Bei den Verhandlungen über diese Frage[2]) wollte man in diesem Falle Annahmeverzug annehmen und dem Gläubiger in der strengen Weise haften lassen. Würde z. B. ein Hauslehrer für den Sohn eines Gutsbesitzers auf drei Jahre angenommen sein und der Sohn stürbe nach kurzer Zeit, so würde für den Vater die Pflicht zur Fortentrichtung der Vergütung während der vollen Dauer des Vertrages bestehen, wenn man Verzug des Dienstherrn in der Annahme unterstellen

[1]) Rosenberg, a. a. O. S. 275.
[2]) Prot. II, S. 281.

würde.[1]) Zum Verzuge des Gläubigers gehört aber, daß ihm die Leistung nach §§ 293, 294 tatsächlich angeboten wird. Eine Leistung, die objektiv unmöglich ist, kann aber nicht angeboten werden.[2]) Folglich liegt hier nach § 297 kein Verzug vor, sondern eine zwar im Bereiche des Gläubigers liegende Leistungsunmöglichkeit, die er aber nicht zu vertreten hat, so daß er nach § 323 von jeder Verpflichtung frei wird. Die Härte, die unter Umständen durch diese Regelung beim Werkvertrage eintreten kann, wird für gewisse Fälle durch § 645 gemildert, der in dieser Hinsicht als eine Erweiterung des § 323 anzusehen ist.

§ 9.

2. Bei Alternativobligationen.

Die Bedeutung des Gefahrüberganges bei Alternativobligationen wird meines Erachtens nur für den Fall zu erörtern sein, daß der Gläubiger mit der Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts in Verzug kommt. Denn hat der Schuldner zu wählen und kommt der Gläubiger dadurch in Verzug, daß er die Mitwirkung der vom Schuldner gemachten Leistung unterläßt, so ist mit dem Angebot einer der mehreren Leistungen die Wahl vollzogen und bezüglich dieser Sache gelten die bisherigen Grundsätze. Diese finden auch dann Anwendung, wenn der Gläubiger die Wahl rechtzeitig vorgenommen hat und die nunmehr vom Schuldner angebotene Sache nicht annimmt.

Wir werden daher nur zu untersuchen haben, in welcher Weise der durch die Nichtausübung des Wahlrechts bedingte Gläubigerverzug auf den Übergang der Gefahr einwirkt. Der Schuldner kann zunächst nach § 264 Abs. 2 den Übergang des Wahlrechts auf sich bewirken und dann greifen die für den Fall erwähnten Grundsätze Platz, daß der Schuldner der wahlberechtigte Teil ist. Solange aber

---

[1]) Vergl. Dernburg II, 2, S. 443.

[2]) Ebenso: Dernburg II, 1, S. 179; Oertmann, S. 602; Planck, S. 663; Kisch, S. 48; a. M. Kohler, Arch., S. 258.

das Wahlrecht noch nicht auf den Schuldner übergegangen ist, insbesondere während des Laufes der Frist, die in § 264 vorgeschrieben ist, müssen für die Gefahrtragung die allgemeinen Regeln Anwendung finden, da ja der Gläubiger nicht mit der Annahme der Leistung, sondern mit der Ausübung des Wahlrechts in Verzug gekommen ist. Wird während des Laufes der Frist eine der wahlweise geschuldeten Leistungen durch Zufall unmöglich und handelt es sich um eine Gattungsschuld, so wird sich nach § 265 das Schuldverhältnis auf die noch mögliche Leistung beschränken, d. h. der Fall ist so zu beurteilen wie der bei der Gefahrtragung durch den Schuldner bei Gattungsschulden. Ebenso wird den Schuldner die Gefahr des zufälligen Untergangs bei einer Speziesschuld treffen. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß während des Laufes der Frist der Verzug des Gläubigers auf den Übergang der Gefahr in keiner Weise einwirkt. Diese Regelung des Gefahrüberganges ist für den Schuldner äußerst ungünstig. Man hat bei den Vorarbeiten den Fall der Wahlobligation nicht gebührend berücksichtigt.[1]) Es wäre vielleicht einheitlicher und richtiger gewesen, die Gefahr sämtlicher Leistungen schon in dem Augenblick auf den Gläubiger übergehen zu lassen, in dem er mit der Ausübung des Wahlrechts in Verzug kommt. Diese Härte wird dadurch gemildert, daß der Schuldner in kurzer Zeit den Übergang des Wahlrechts bewirken kann.[2])

§ 10.

bb) Bei Gattungsschulden.

Ehe wir die Bedeutung des Gefahrüberganges bei Gattungsschulden behandeln, müssen wir zunächst kurz die Frage beantworten, wie das Bürgerliche Gesetzbuch den Gefahrübergang bei Gattungsschulden regelt.

Vom Gefahrübergang spricht zunächst § 243, der bestimmt, daß das Schuldverhältnis sich auf eine Sache aus

[1]) Mot. II, S. 74; Rosenberg, S. 281.
[2]) Rosenberg, S. 282.

der Gattung beschränkt, sobald der Schuldner das zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat. Im ersten Augenblick will es scheinen, als ob an den Tatbestand des § 243 nur die Rechtsfolge der Konzentration und nicht die Rechtsfolge des Gefahrüberganges geknüpft ist. Und doch enthält dieser Paragraph schon eine wichtige Bestimmung über den Gefahrübergang. Was heißt es, das Schuldverhältnis beschränkt sich auf eine bestimmte Sache? d. h. nicht mehr irgend eine Sache aus der Gattung ist zu leisten, sondern nur die Sache, bezüglich deren die Beschränkung eingetreten ist, kann an den Gläubiger bewirkt werden. Da die ausgeschiedene Sache vom Augenblicke der Konzentration nur allein geschuldet wird, so mindert sich dann die Haftung des Schuldners; er hat für zufälligen Untergang und zufällige Verschlechterung nicht mehr aufzukommen. Der Gläubiger wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat. (§ 275.)

Diese Folge tritt aber erst dann ein, wenn der Schuldner alles getan hat, wozu er nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis verpflichtet ist. In diesem Augenblick hat er seine Verbindlichkeit erfüllt, und er trägt jetzt nicht mehr die Gefahr. Die Gefahr ist auf den Gläubiger übergegangen.

Dieser Gefahrübergang kann, je nachdem es sich um Bring-, Versendungs- oder Holschulden handelt, eine verschiedene Wirkung haben. Bei Bringschulden wird er keine besondere Bedeutung zeitigen; er erfolgt in dem Augenblick der Übergabe an den Gläubiger, also mit der Erfüllung. Ist vereinbart, daß der Schuldner den Leistungsgegenstand an einen anderen als den Erfüllungsort versenden soll, so liegt eine Versendungsschuld vor. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage des Gefahrüberganges bei Versendungsschulden nur für den Kauf geregelt (§ 447), aber meines Erachtens findet die Bestimmung auf alle Gattungsschulden entsprechende Anwendung. Danach geht

die Gefahr vor der Erfüllung über, sobald die ausgeschiedene Sache der Übermittelungsperson ausgeliefert ist, so daß der Transport auf die Gefahr des Gläubigers erfolgt. Was ist hier unter Gefahr zu verstehen? Geht die Sache durch Zufall während des Transportes unter, so behält der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Er ist aber nach § 281 verpflichtet, seinen Anspruch gegen die Übermittelungsperson dem Gläubiger abzutreten, falls er infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht — die Übergabe an die Übermittelungsperson war ja noch nicht die Leistung — einen Ersatzanspruch erhält.

Bei Holschulden lernen wir den Gefahrübergang in einem ganz anderen Sinne kennen. Hier hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die ausgeschiedene Sache an einen vorher ausbedungenen Ort bereitgestellt und den Gläubiger aufgefordert hat, die Leistung abzuholen. In dem Augenblick, in dem die Erklärung dem Gläubiger zugeht, ist die Gefahr auf ihn übergegangen, d. h. geht jetzt die Sache durch Zufall unter, so wird der Schuldner von seiner Gattungsverbindlichkeit befreit, mit anderen Worten, er braucht für die untergegangene Sache keine andere aus der Gattung zu leisten. Ist die Sache erhalten geblieben, holt sich der Gläubiger aber die Sache nicht rechtzeitig ab, so wird der Schuldner ihn gemäß § 300 Abs. 2 in Annahmeverzug setzen müssen. Wenn jetzt die Sache untergeht, so wird der Schuldner nach § 324 Abs. 2 den Anspruch auf die Gegenleistung behalten.

Diese Fälle sind meines Erachtens streng auseinander zu halten, was in der Literatur nicht geschieht. Der Gläubiger hat zwar keine Frist zur Annahme, aber dasjenige Mindestmaß an Zeit, welches naturgemäß die Annahme fordert, wird dem Gläubiger zu lassen sein.[1]) Der Gefahrübergang aus § 243 hat seine selbständige Bedeutung.

---

[1]) Vergl. Windscheid, S. 43.

Es ist daher nicht richtig, wenn die Literatur bei Gattungsholschulden dem Gefahrübergang nur dann eine Bedeutung beilegen will, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gekommen ist, mit anderen Worten, wenn sie den § 243 durch § 300 zu ergänzen sucht.[1]) Die Fälle werden ja sehr selten sein; in folgendem Beispiel sind die gegebenen Voraussetzungen erfüllt. Ein Landwirt verkauft eine größere Menge Stroh, wobei vereinbart wird, daß der Käufer es sich von einem auf einem bestimmten Grundstück aufzuschichtenden Strohdiemen abfahren soll. Mit der Aufschichtung hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, ohne erfüllt zu haben; geht der Strohdiemen zugrunde, so wird der Schuldner von seiner Gattungsverbindlichkeit befreit.[2])

Der durch Verzug bedingte Übergang der Gefahr bedeutet bei Gattungsschulden wie bei Speziesschulden, daß bei nicht zu vertretendem Untergang der Sache der Gläubiger seine Gegenleistung zu entrichten hat. Nur ist hier in so fern eine Abweichung, als nicht jeder Gläubigerverzug genügt, sondern nur die spezielle Art des § 300 Abs. 2, nach dem die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger übergeht, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht nicht hervor, daß das Angebot einer ausgeschiedenen Sache erforderlich ist. Da aber die Leistung „so wie sie zu bewirken ist", anzubieten ist, muß sie vorher ausgesondert sein, mithin verlangt § 300 Abs. 2 eine individuell bestimmte Sache.[3])

---

[1]) Vergl. Planck II, S. 13; Staudinger, S. 20; Neumann, S. 213; Goldmann-Lilienthal, S. 353; Oertmann, S. 123; Schollmeyer, S. 12, 13; Endemann, S. 675; Landsberg, S. 349.

[2]) Dieses Beispiel führt Stern an, der allerdings die Konsequenzen nicht zieht (S. 41).

[3]) Ebenso Schollmeyer, S. 45; Planck, S. 112; Rehbein, S. 144; Matthiaß I, S. 369.

§ 11.

B. Für das Objekt der schuldnerischen Leistungspflicht.

Bisher haben wir nur die Frage erörtert, was es heißt, wenn die Gefahr auf den Gläubiger übergeht; das Gesetz hat aber insofern dem Gefahrübergang eine eigene Bedeutung gegeben, als es mit ihm bestimmte Rechtswirkungeu verknüpft. Besonders ausgesprochen finden wir diese Bestimmungen nur beim Kauf, aber sie werden auf alle gegenseitigen Verträge entsprechende Anwendung finden müssen.

Nach § 450 kann der Verkäufer Ersatz für die notwendigen Verwendungen verlangen, die er nach dem vor der Übergabe erfolgten Gefahrübergang auf die Sache gemacht hat; für nicht notwendige Verwendungen kommen die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung. Nach § 459 haftet der Verkäufer dafür, daß die Sache nicht zur Zeit des Gefahrüberganges mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache beeinträchtigen.

Schluß.

§ 12.

Die rechtspolitische Tendenz der Regelung der Gefahrtragung im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Wir haben am Anfange unserer Darstellung gesehen, daß die Gefahrtragung im Bürgerlichen Gesetzbuch im Gegensatz zum römischen Recht fast ausnahmslos in der Weise geregelt ist, daß der Schuldner bis zur Vertragserfüllung die Gefahr trägt und daß unter bestimmten Voraussetzungen die Gefahr früher auf den Gläubiger übergeht. Diese feste Normierung steht sowohl mit dem deutschen Rechtsgefühl in Einklang, als auch setzt sie den Richter in die Lage, im Einzelfall leicht und sicher die Entscheidung zu treffen. Im römischen Recht war die praktische Anwendung der verschiedenen Grundsätze mit Schwierigkeiten verknüpft. Andererseits konnten das bei Veräußerungs-

verträgen geltende Prinzip den Schuldner leicht zu einer geringeren Sorgfalt in der Aufbewahrung der veräußerten Sache veranlassen. Es entspricht aber auch der Billigkeit, nicht einem Vertragsteil die ganze Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit aufzubürden. Auch diesem Gesichtspunkt hat das Bürgerliche Gesetzbuch Rechnung tragen wollen, wenn es bestimmt: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. jeder Kontrahent trägt die Gefahr bis zur Erfüllung. Der Gläubiger verliert seine Leistung, der Schuldner seine Gegenleistung. Trotzdem hat es nicht an Stimmen gefehlt, welche diesem Grundsatze ihre Billigung versagten.[1])

Die Regelung des Gefahrüberganges kann, wie wir gesehen haben, in manchen Fällen zu Unbilligkeiten führen, aber auch hier wird eine vernünftige Auslegung die Härten zu mildern wissen.

---

[1]) Rud. Leonhard, S. 62; Hartmann, Archiv S. 388.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. September 1884 in Breslau geboren, bin preußischer Staatsangehöriger und jüdischen Glaubens.

Meine Schulbildung genoß ich von Ostern 1895 ab zunächst auf dem König Wilhelms Gymnasium und später auf dem Johannes-Gymnasium, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

An den Universitäten Freiburg i/Br. (1 Semester) und Breslau (6 Semester) studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften. Am 9. Mai 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung, am 3. Juni 1910 das examen rigorosum. Seit dem 26. Mai 1910 bin ich dem Amtsgericht Bernstadt zur Ausbildung überwiesen.